



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., quince (15) de septiembre de dos mil once (2011)

Radicación No. 73001- 23-31-000-2009- 00041-01 (1038-10)

Actor: LUIS GUILLERMO CÁRDENAS CAMPOS

DEMANDADO: HOSPITAL SAN JUAN BAUTISTA E.S.E. MUNICIPIO DE CHAPARRAL.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora, contra la sentencia de 4 de marzo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las súplicas de la demanda instaurada por el señor Luis Guillermo Cárdenas Campos.

I. ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Luis Guillermo Cárdenas Campos presentó demanda ante *el a quo* para obtener la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio GER-621-08 de 22 de septiembre de 2008, que dio respuesta negativa al derecho de petición elevado por el hoy demandante, tendiente a obtener el reconocimiento de una relación laboral de medio tiempo desde el 4 de febrero de 1999 hasta el 31 de julio de 2007, junto con el pago de las prestaciones sociales que de tal declaración se derivan; el reintegro al cargo que ocupaba o a otro de mayor categoría y remuneración; la declaratoria de no existencia de solución de continuidad desde

la desvinculación hasta el reintegro y el cumplimiento a los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

2. Relata el actor en el acápite de hechos, que laboró como Médico Gineco-obstetra desde el 4 de febrero de 1999 hasta el 31 de julio de 2007 mediante múltiples órdenes de prestación de servicios que esconden un verdadero vínculo laboral, en tanto que el Hospital le fijó las pautas para desempeñar la labor, le estableció horarios de trabajo de atención de los pacientes de consulta externa y de urgencias, y le impuso contar con disponibilidad permanente para el servicio de atención de urgencias, de día o de noche, festivos o feriados. La prestación del servicio la realizó el demandante en las instalaciones del Hospital demandado, con equipos e instrumental de la misma institución y con personal médico o auxiliar vinculado a dicha entidad, de tal forma que no tenía autonomía técnica ni administrativa en la prestación del servicio.

La última remuneración que recibió fue la suma de seis millones trescientos sesenta mil pesos. El Hospital demandado nunca lo afilió al sistema de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales, razón por la cual se vio obligado a pagar los aportes de los mismos; tampoco le pagó prestaciones sociales como cesantías, los intereses respectivos, indemnizaciones por el no pago de las mismas, vacaciones, primas de servicio y de navidad.

3. Invoca como normas violadas los artículos 1, 25, 48, 53, 93 y 122 de la Carta Política; el artículo 32 de la Ley 80 de 1993; el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo; los artículos 291 y 292 del Decreto 1333 de 1986; el artículo 12 de la Ley 4 de 1992, los artículos 9, 13, 14, 17, 18, 20, 25, 31, 32 y 58 del Decreto 1042 de 1978; el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968; el artículo 1° del Decreto 3148 de 1968 y los artículos 43 a 48 del Decreto 1818 de 1969.

Aduce que la Constitución Política protege especialmente el derecho al trabajo mediante los artículos 25 y 53. Dentro del amplio contenido de este derecho, se encuentra lo relativo a la primacía de la realidad sobre las formalidades

establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, como también el derecho a permanecer en el cargo y la irrenunciabilidad de los derechos mínimos establecidos en las normas laborales.

Menciona, que si bien es cierto que la Administración Pública puede acudir a la figura de la contratación de prestación de servicios para el cabal cumplimiento de sus actividades de funcionamiento, también lo es, que esa posibilidad se reduce solamente para aquellas tareas temporales que no pueden llevarse a cabo con el personal vinculado a la respectiva entidad oficial, o que requieren de un conocimiento especializado. En ese orden de ideas y en el caso específico de la demanda, la relación existente entre el Hospital San Juan Bautista de Chaparral E.S.E. y el actor, rebasó el carácter meramente contractual para convertirse en una verdadera relación laboral.

En ese sentido explica que las labores del actor como médico gineco-obstetra, son de aquellas que permanentemente requieren ser procuradas por el Hospital para satisfacer la demanda de servicios de tal naturaleza. Tan es así, que la vinculación del actor data del año 1999 y en forma continua fueron renovados los contratos de prestación de servicios, por el requerimiento permanente de los servicios de un médico de dicha especialidad, lo cual demuestra la verdadera relación existente entre las partes.

Afirma, que el Hospital demandado omitió cumplir con la obligación constitucional prevista en el artículo 122 de la Carta Política, según la cual se requiere que el empleo público esté comprendido en la planta de personal y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Hospital accionado se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que entre la Administración y el demandante existió apenas una relación contractual coordinada, en la cual se cumplieron cada una de las obligaciones por las partes. En tal sentido señaló que el demandante organizaba con el Hospital la prestación de los servicios, pues sería inconcebible no establecer

unos parámetros previos en el horario para la atención adecuada a los pacientes.

Puso de presente que la modalidad de contratación por prestación de servicios en la Administración Pública, puede darse plenamente cuando el personal de planta no puede desempeñar la función requerida, por ser de carácter especializada.

III. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Tolima, a partir del material probatorio recaudado en el proceso y con apoyo de la decisión contenida en la sentencia de 18 de noviembre de 2003 proferida dentro del proceso identificado con el número IJ-0039, arribó a las siguientes conclusiones para negar las pretensiones del libelo:

El señor Luis Guillermo Cárdenas Campos suscribió con el Hospital San Juan Bautista de Chaparral sendos contratos que tuvieron por objeto la prestación de servicios profesionales en las áreas de ginecología y obstetricia, en vista de que en la planta de personal de la entidad no existe el cargo para tal fin. Por esta razón, el Gerente del Hospital se encontraba plenamente autorizado para contratar los servicios del demandante y de otro profesional de la especialidad por lapsos de quince (15) días al mes, de acuerdo con una programación que se realizaba previamente y atendiendo la disponibilidad de los galenos.

El demandante no estaba obligado a cumplir un horario; programaba sus actividades en coordinación con el supervisor del contrato para efectos de garantizar la prestación adecuada de los servicios a los usuarios y se le remuneraba por día de servicio cumplido. Una vez se cumplía el término del contrato y se procedía a la liquidación del mismo, el demandante nunca manifestó inconformidad frente a su vinculación. La prestación del servicio se realizaba en las instalaciones del Hospital con la colaboración del personal disponible para tal efecto, en tanto que la realización de los procedimientos y cirugías de la especialidad requieren, como es apenas lógico, la utilización de

consultorios, salas de parto, equipos y personal para efectos de brindar una mayor y mejor cobertura a los usuarios del Hospital.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado judicial del demandante interpuso recurso de apelación.

Resalta que el Tribunal no analizó la totalidad de las pruebas allegadas al proceso, que a todas luces demuestran los elementos que configuran la relación laboral encubierta entre la Administración y el demandante. En ese sentido explica que todos los testigos hicieron alusión directa, coherente, concordante y coincidente sobre todos los elementos constitutivos de la relación laboral.

Comenta que Yolanda Muñoz Olaya, Profesional Universitaria del Área de Personal del Hospital, expresó que por necesidades del servicio se decidió contratar los servicios del actor para trabajar 15 días corridos hasta el año 2007, sin importar si eran domingos o festivos; el coordinador del área médica era interventor de los contratos y él era el encargado de certificar, mes a mes el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el actor. Dicha declaración, en esencia, es reiterada por Luz Argeny Vaquiro Olaya, Auxiliar de Enfermería en el Área de Ginecología, quien agregó que el demandante realizaba las consultas los lunes, miércoles y jueves en las horas de la mañana y las cirugías las practicaba los martes y viernes.

Asevera que el a quo no valoró los testimonios de los médicos Guillermo Augusto Ospina Galindo, César Augusto Campo Rivera, Néstor Hernando Oviedo, Rafael Montaña Zamudio y Boris Fernando Sánchez Polanía, quienes en síntesis manifestaron que el apelante se desempeñó como médico en el Hospital accionado en donde atendía pacientes en consulta externa especializada, practicaba cirugías, cubría el servicio de urgencias y prestaba asistencia en pisos de la especialidad; aseveraron que cumplía un horario determinado por el Coordinador de la entidad hospitalaria e inclusive

en algunos contratos se detalló el itinerario a seguir y señalaron que la labor desplegada por el interesado se prestaba con instrumental y con ayuda de personal asistencial del Hospital.

Aduce, que la sentencia de primera instancia contiene una serie de manifestaciones que no fueron expresadas por ninguno de los testigos, tales como, que al demandante se le pagaba por día o que el horario de atención a pacientes era programado directamente por el interesado, cuando lo cierto es, que en ningún testigo realizó tales aseveraciones y antes bien fueron unánimes en afirmar que el horario de trabajo y la programación del servicio en todas sus áreas, dependía directamente del Coordinador Médico de la institución.

Añade, que el Tribunal se apoyó en la sentencia de Sala Plena de esta Corporación de 18 de noviembre de 2003, para llegar a la premisa de que en ningún caso en donde exista de por medio un contrato de prestación de servicios se puede configurar una relación laboral encubierta. De ser así, sostiene que el Consejo de Estado no hubiera vuelto a proferir una sola sentencia en donde se diera aplicación al principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Reitera nuevamente el concepto de la violación expuesto en la demanda.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes presentaron escrito de alegaciones finales dentro del término correspondiente.

1. Luego de hacer una breve explicación referente al contenido y alcance de la contratación por prestación de servicios, como también de traer a colación los aspectos más relevantes de la sentencia de Sala Plena de esta Corporación a que hizo mención el a quo y el apelante, el apoderado judicial del Hospital San Juan Bautista de Chaparral hizo especial énfasis en el apoyo operacional que prestó la institución hospitalaria a la labor profesional

desempeñada por el apelante, para dejar en claro que a partir de estos hechos no se puede derivar una relación laboral encubierta, en tanto que es obligación de la Administración, según las cláusulas pactadas en el contrato, suministrar el apoyo logístico al contratista para que realice la función para la cual fue vinculado.

Finalizó indicando, que las pruebas testimoniales lograron demostrar que no existió subordinación de parte del demandante hacia el Hospital demandado, sino que existió apenas una actividad concertada en las partes; que se respetó la autonomía e independencia por parte del demandante como lo manifiesta en el interrogatorio de parte; que el demandante recibía unos honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios firmado entre las partes, y a la vez, él realizaba una serie de pagos propios de la celebración del contrato.

2. Por su parte, el apoderado del demandante manifestó que los argumentos contenidos en el escrito de apelación sean tenidos en cuenta como alegaciones finales.

VI. CONSIDERACIONES

Se demanda en el sub lite la nulidad del Oficio GER-621-08 de 22 de septiembre de 2008, que dio respuesta negativa al derecho de petición elevado por el hoy demandante, tendiente a obtener el reconocimiento de una relación laboral de medio tiempo desde el 4 de febrero de 1999 hasta el 31 de julio de 2007, junto con el pago de las prestaciones sociales que de tal declaración se derivan; el reintegro al cargo que ocupaba o a otro de mayor categoría y remuneración y la declaratoria de no existencia de solución de continuidad desde la desvinculación hasta el reintegro.

Para desastar la cuestión litigiosa, es preciso revisar el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a la figura en comento, en aras de preestablecer los presupuestos que la configuran y que por ende deberán ser revisados en el caso sub examine.

1 ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL CONTRATO REALIDAD.

El tema del contrato realidad ha generado importantes debates judiciales. Uno de ellos se dio con ocasión del examen de exequibilidad que realizó la Corte Constitucional al numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público. Después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, la Corte estableció que el ejercicio de tal potestad es ajustada a la Carta Política, siempre y cuando la Administración no la utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal subordinada y dependiente¹.

Esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005 proferido dentro del expediente No. 0245 C.P. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Tal consideración se contrapone a la Jurisprudencia anterior, en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada en sus actividades para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento de subordinación².

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-154-97 M.P. Hernando Herrera Vergara.

² Sala Plena del Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

Así las cosas, se concluye que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993, cuando: a) se pacte la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública, b) el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, c) se le paguen honorarios por los servicios prestados y d) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar, que debe ser entendida sólo en aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente, se asignan a los empleados públicos.

Cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente conduce al reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.³

³ Consejo de Estado. Sección Segunda-Subsección "A". Sentencia 17 de abril de 2008. Rad No. 2776-05. C.P. Jaime Moreno García; Sentencia del 17 de abril de 2008. Rad. No. 1694-

De otra parte, en aquellos casos en que se accede a las pretensiones de la demanda, la Sección ha concluido la no prescripción de las prestaciones causadas con ocasión del contrato realidad, en tanto la exigibilidad de los derechos prestacionales en discusión es literalmente imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo, de manera pues, que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo.⁴

Bajo las anteriores precisiones se ha concretado el tratamiento jurisprudencial de los contratos realidad, de donde se concluye en cuanto a su configuración, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito⁵.

La viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante según el aforismo "*onus probandi incumbit actori*", dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente

07. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; sentencia del 31 de Julio de 2008. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 14 de agosto de 2008. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁴ Sentencia del 6 de marzo de 2008. Rad. No. 2152-06. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁵ Consejo de Estado Sección Segunda. Sentencia del 19 de febrero de 2009. Rad. No. 3074-2005. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta.

2. DEL CONTRATO REALIDAD FRENTE A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS.

En reiteradas ocasiones se ha afirmado jurisprudencialmente, que en el caso de quienes prestan servicios de salud es válida la suscripción de Órdenes de Prestación de Servicios, en tanto se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993,⁶ en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la Entidad respectiva o cuando para tal efecto se requiere de conocimientos especializados, de tal manera que en atención a los conocimientos que se requieren para la prestación del servicio médico en sus diferentes disciplinas y a la autonomía e independencia inherente a la aplicación y ejercicio del mismo, se ha habilitado dicha modalidad para la contratación del personal médico.⁷

Ahora bien, es necesario señalar que si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud por disposición expresa de la Ley 10 de 1990 que reorganizó el Sistema Nacional de Salud,⁸ la especialidad de

⁶ Ley 80 de 1993. Artículo 32: (Apartes subrayados, condicionalmente Exequibles)
(...)Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

⁷ Sentencia del 17 de julio de 2003. Rad. No. 5685-02. Sentencia del 7 de abril de 2005. Rad. No. 5552-03. C. P. Jesús María Lemos Bustamante.

⁸ LEY 10 DE 1990. ARTICULO 6o. RESPONSABILIDADES EN LA DIRECCION Y PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD.
PARAGRAFO. Todas las entidades públicas a que se refiere el presente artículo, concurrirán a la financiación de los servicios de salud con sus recursos propios y con los recursos fiscales de que trata el Capítulo V de esta Ley, pudiendo prestar los servicios de salud mediante contratos celebrados para el efecto, con funciones o instituciones de utilidad común, corporaciones o asociaciones, sin ánimo de lucro, las entidades de que trata el artículo 22 de la Ley 11 de 1986 o, en general, con otras entidades públicas o personas

que se revisten los servicios Médicos –en tratándose de personas naturales-, no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público, y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado al extralimitar el contenido real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios, de manera que no puede admitirse categóricamente que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad, desde luego, cuando a ello haya lugar, máxime si la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las Entidades Estatales prestadoras del mismo.

Respecto del servicio médico en concreto, debe precisarse que en sus diferentes modalidades y especialidades se encuentra previsto como un empleo público del nivel profesional dentro del Sistema Nacional de Salud y la organización del Subsector Oficial de Salud de las Entidades Territoriales y sus entes descentralizados, con denominación y funciones detalladas en la Ley, más exactamente en el artículo 3° del Decreto 1335 de 1990, por medio del cual el Gobierno expidió el Manual General de Funciones y Requisitos de los empleos pertenecientes al Subsector Oficial del Sector Salud,⁹ y los

privadas jurídicas o naturales que presten servicios de salud, en los términos del Capítulo III de la presente Ley. (resalta la Sala)

⁹ Decreto 1335 de 1990. Artículo 3o. DENOMINACIONES DE CARGOS, NATURALEZA, FUNCIONES Y REQUISITOS MINIMOS. Establecense para los diferentes empleos contemplados en los planes de cargos de los diferentes organismos del Subsector Oficial del Sector Salud de las entidades territoriales y sus entes descentralizados, las siguientes denominaciones de cargos, naturaleza de las funciones, funciones y requisitos mínimos: (...)

MEDICO ESPECIALISTA - 321520

1. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL CARGO.

Ejecución de labores especializadas en actividades de promoción, protección y rehabilitación de la salud del paciente, en una institución del primero, segundo o tercer nivel de atención.

2. FUNCIONES.

- Practicar exámenes de medicina especializada, formular diagnóstico y prescribir el tratamiento que debe seguirse.
- Realizar intervenciones quirúrgicas y procedimientos médicos de su especialidad o participar en ellas y controlar los pacientes bajo su cuidado.
- Atender urgencias de su especialización.
- Realizar dentro de su especialidad las funciones correspondientes a medicina legal y preventiva.
- Velar por la consecución de recursos y el adecuado funcionamiento de los equipos de su especialidad, como por su custodia.
- Instruir a la comunidad sobre el cuidado que se debe tener para prevenir las enfermedades de su especialidad.

artículos 21 y 27 del Decreto Ley 1569 de 1998, que establecen el sistema de nomenclatura y la clasificación de los empleos de las Entidades Públicas que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud.¹⁰

Por ende, aún cuando el objeto del contrato haya sido la prestación de servicios de Medicina Especializada, no puede utilizarse la preceptiva arriba señalada como argumento in limine para descartar la posible existencia de una relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, pues descartadas la

-
- Instruir a la comunidad sobre el cuidado que se debe tener para prevenir las enfermedades de su especialidad.
 - Promover en su área de trabajo, la participación de la comunidad en actividades de salud e impulsar la conformación de los comités de salud y formación de líderes comunitarios en salud.
 - Participar en la programación de actividades del área de su especialidad.
 - Realizar vigilancia epidemiológica en todas aquellas situaciones que sean factor de riesgo para la población e informar sobre las enfermedades de notificación obligatoria.
 - Participar en la evaluación de las actividades e impacto de la prestación de los servicios de salud.
 - Impartir instrucciones a personal técnico y auxiliar sobre procedimientos propios de su especialidad.
 - Participar en la elaboración e implantación del plan de emergencias para ser aplicado en los organismos de salud de su área de influencia.
 - Participar en investigaciones de tipo aplicado, tendientes a esclarecer las causas y soluciones a los problemas de salud de la población.
 - Participar en la elaboración y actualización del manual de normas y procedimientos del área.
 - Ejercer las demás funciones que le sean asignadas y sean afines con la naturaleza del cargo.

3. REQUISITOS.

3.1 Estudios. Título de formación universitaria en medicina y post-grado en una de sus especialidades.

3.2 Experiencia. Un (1) año de experiencia relacionada.

¹⁰ Decreto 1569 de 1998. Artículo 15. DE LA CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS QUE CONFORMAN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. De acuerdo con la naturaleza general de las funciones, la índole de sus responsabilidades y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos del área asistencial de las entidades territoriales que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos:

Directivo, Asesor, Ejecutivo, Profesional, Técnico y Auxiliar.

ARTICULO 21. DE LA NOMENCLATURA Y CLASIFICACION DE EMPLEOS DEL NIVEL PROFESIONAL. El nivel Profesional está integrado por los siguientes empleos:

Código Denominación del empleo

301 Médico Especialista

(...)

Artículo 27. DE LOS REQUISITOS DE LOS EMPLEOS DEL NIVEL PROFESIONAL. Para el desempeño de los empleos correspondientes al nivel profesional de que trata el artículo 21 del presente decreto se deberán acreditar los siguientes requisitos por cargo, así: (...)

Código Denominación

301 Médico Especialista

Título universitario en Medicina y postgrado en una de las especialidades de la medicina.

temporalidad -es decir, demostrada la permanencia y continuidad del servicio- y probados los elementos de una relación laboral en los términos inicialmente esbozados, se posibilita el reconocimiento del contrato realidad.

Debe precisar la Sala además, que la autonomía e independencia que ostenta el personal médico para aplicar sus conocimientos científicos específicamente a cada caso, no descarta la existencia de una relación de subordinación y dependencia, en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de órdenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el cumplimiento de las labores bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etc., lo que a su vez supone, que tratándose de un verdadero contrato de prestación de servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aún los aspectos anteriormente referidos.

Así las cosas, debe revisarse en cada caso las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva, homogenicen las causas propuestas ante esta Jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso.

Bajo las anteriores consideraciones preliminares que admiten la configuración del contrato realidad en cuanto a la prestación de servicios médicos, se efectuará el examen probatorio pertinente en aras de resolver el asunto demandado.

3 CASO CONCRETO

Con fundamento en los elementos de prueba obrantes en el plenario, confrontados con la doctrina del contrato realidad, la Sala llega a las siguientes conclusiones que permiten sostener la configuración de una verdadera relación laboral entre el actor y la Administración, que fue encubierta bajo el ropaje de contrato de prestación de servicios.

verdadera relación laboral entre el actor y la Administración, que fue encubierta bajo el ropaje de contrato de prestación de servicios.

En primer término, es necesario señalar que la relación contractual entre el Hospital San Juan Bautista con el Médico Especialista Luis Guillermo Cárdenas Campos se vio rodeada de unas condiciones bastante particulares, que permiten sostener que el vínculo excedió los linderos de la vinculación por prestación de servicios. En efecto, el hecho de exigir al supuesto contratista la atención de un número de pacientes determinado por la demanda diaria de usuarios; de obligarlo a estar en disposición permanente para atender cualquier eventualidad que se presente en el servicio; de sujetarse enteramente a las normas vigentes sobre atención, consulta y formulación de documentos y tratamientos, cirugías y reglas que el hospital le indique; de prestar oportunamente y dentro de los plazos que se le señalen, las estadísticas, balances, conceptos, declaraciones, inventarios que le fueren entregados bajo su responsabilidad y de permitir auditorías e inspecciones a las Historias clínicas y tratamientos de aquellos pacientes que fueron atendidos por el Contratista, reflejan sin asomo de duda la capacidad dispositiva del Hospital sobre la labor del demandante, desvirtuando así su independencia y autonomía en la prestación del servicio y superando bajo tales circunstancias el tema de la coordinación necesaria en desarrollo de la actividad contractual, lo que en suma refleja la subordinación y dependencia en la labor desempeñada¹¹.

¹¹ De folios 33 a 94 del cuaderno principal, reposan las copias auténticas de las Órdenes y los Contratos de prestación de servicios celebrados por el actor con el Hospital desde el 4 de febrero de 1999 hasta el 30 de junio de 2007, mediante los cuales se comprometió a cumplir, entre otras, las siguientes funciones:

- Prestar sus servicios como médico especialista en ginecología de acuerdo con las necesidades de la institución.
- Atender las urgencias que se le presenten en especial los casos que requieran los servicios del especialista, en el área en que el contratista posee especial idoneidad profesional. El tiempo transcurrido entre el llamado y la valoración del paciente, no puede exceder del tiempo normal y razonable para desplazarse al hospital y definir el ingreso del paciente o su retorno a su lugar de origen. Se exceptúan los casos en que el especialista se encuentre en cirugía.
- Realizar en forma oportuna la evolución (sic) de los pacientes y prestar un servicio oportuno y de excelente calidad.
- Atender en iguales condiciones de oportunidad, eficiencia y calidad a los pacientes provenientes de empresas con que el Hospital tenga contratos o convenios de prestación de servicios o de los pacientes institucionales, debiendo atender los pacientes que el Hospital le asigne.

En segundo lugar, es necesario aclarar que aunque algunos de los testigos fueron enfáticos en sostener que las labores desempeñadas por el demandante no trascendieron el ámbito de coordinación que rige las relaciones contractuales¹², para la Sala resulta de especial relevancia la declaración dada por el Médico y antiguo Coordinador del Hospital San Juan Bautista, Rafael Montaña Zamudio, quien sin asomo de duda manifestó que el demandante cubría un horario de trabajo desde las 7 a.m. en la Institución, cumplía el reglamento interno de la entidad y en cuanto a la programación de las consultas externas y especializadas señaló que tal función estaba a cargo suyo como Coordinador Médico. Expresó además que el actor desempeñaba sus funciones por periodos de 15 días con materiales, instrumentos y apoyo asistencial del Hospital.

-
- Prestar asesoría y colaboración en la preparación del personal del Hospital.
 - Cuidar y preservar los materiales y equipos que con ocasión al desarrollo del objeto contractual, le sean asignados o prestados y que por razón de su especialidad utilice y responsabilizarse de ellos ante el Hospital, responsabilidad que se asume desde el mismo momento en que le sean asignados y en el evento en que sean utilizados.
 - En coordinación con la Jefatura de Atención o Coordinación Médica, fijar el número de consultas por día y demás actividades y el horario de atención de las mismas, el cual deberá ser respetado como condición contractual, y el número de pacientes será el que razonablemente le corresponda al contratista, conforme al número de atenciones que ingresen a la institución, y el resto del tiempo estará el contratista en disponibilidad permanente, disponibilidad que se encuentra, y para efectos del pago de honorarios, cancelada dentro del valor que se fija en la cláusula cuarta del presente contrato.
 - Sujetarse enteramente a las normas vigentes sobre atención, consulta y formulación de documentos y tratamientos, cirugías y reglas y demás que ésta le indique, respetando lógicamente la independencia del profesional y los conceptos propios de su especialidad.
 - Prestar oportunamente y dentro de los plazos que se le señalen, las estadísticas, balances, conceptos, declaraciones, inventarios que le fueren entregados bajo su responsabilidad.
 - **Permitir que el Hospital realice la inspección y control de las Historias clínicas y tratamientos de aquellos pacientes atendidos por el Contratista ya sea que la revisión esté hecha por la dirección o auditoría médica, para verificar que se cumpla las indicaciones y normas impartidas por el Hospital.**

¹² Yolanda Muñoz Olaya, Sol Marina Collazos de Arce y Argenis Vaquiro Olaya, empleadas del Hospital, expresan que en la planta de personal de la entidad no se cuenta con el cargo de ginecólogo y por necesidades del servicio estas actividades debían ser contratadas con el demandante por periodos de 15 días por mes, mediante órdenes o contratos de prestación de servicios; las actividades desempeñadas por el actuante en las instalaciones y con equipos del Hospital eran convenidas con el Médico Coordinador del Área Asistencial, quien era el interventor de los contratos firmados por las partes. Por su parte, el señor Boris Fernando Sánchez Polanía, Médico General y Coordinador del Área Médica en la misma institución, expresó que el actor era autónomo en el desarrollo de sus actividades, no tenía horarios de atención establecidos y él organizaba y distribuía las actividades a su disponibilidad de manera coordinada con el Hospital.

proceso, para la Sala es evidente que el demandante no desarrolló sus funciones de manera coordinada para predicar un vínculo meramente contractual.

En tercer lugar, merece especial mención la intemporalidad de la relación supuestamente contractual entre el Hospital y el demandante, que desborda abiertamente los límites impuestos por la Ley y la Jurisprudencia para distinguir el contrato de prestación de servicios de la relación laboral. Las pruebas obrantes en el proceso demuestran que la función que el accionante cumplía en la institución no fue de carácter transitorio o esporádico y que por el contrario se trató de una labor que fue desempeñada durante más de ocho años, como lo demuestra la relación de los contratos y los periodos en que fue contratado el demandante por el Hospital como Médico Especialista, desde el mes de febrero de 1999 hasta el mes de junio de 2007 (folios 33 a 94).

Esta desproporción en la utilización de la figura del contrato de prestación de servicios, conlleva a demostrar la necesidad del Hospital de contar con personal de planta para la atención intermedia en las distintas especialidades básicas de la medicina, por tratarse de una institución de segundo nivel de atención.

Por último, resulta llamativo que en los contratos identificados con los números 013, 029, 042, 055, 003, 030 y 036 se le impuso al demandante prestar sus servicios 3 y 4 fines de semana al mes, mientras que en los contratos 054, 067, 076, 043, 059 y 070 se le asignaron días y horarios fijos para la atención de pacientes de la especialidad. Ya a partir del mes de septiembre de 2001 hasta el 30 de junio de 2007, el actor fue contratado por periodos de 15 y 16 días al mes.

Estas particulares situaciones permiten a la Sala concluir, que la Administración utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura en este

Estas particulares situaciones permiten a la Sala concluir, que la Administración utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura en este caso, el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de la Carta Política.

En consecuencia, se revocará el fallo apelado para en su lugar, y a título de restablecimiento del derecho condenar al Hospital San Juan Bautista E.S.E. del Municipio de Chaparral a pagar a favor del Luis Guillermo Cárdenas Campos, el valor de las prestaciones surgidas en la prestación del servicio y, el correspondiente cómputo del tiempo laborado para efectos pensionales lo que conlleva al pago de las cotizaciones legales, tomando como base el valor de lo pactado en los contratos u órdenes de trabajo por los periodos contenidos en los diferentes contratos de prestación de servicios, como quiera que el cargo desempeñado por el actor no se encuentra previsto en la planta de personal de la entidad.

Ahora, sobre las sumas causadas, debe precisarse que, como inicialmente se indicó, no opera el fenómeno prescriptivo por tratarse ésta de una sentencia de carácter constitutivo, a partir de la cual nace el derecho a favor del actor.

De acuerdo a lo anterior, las sumas que resulten serán ajustadas de conformidad con el artículo 178 del C.C.A. y con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente en la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998. Por tratarse de

pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

No se accede a la pretensión de reintegro invocada por el demandante, porque del artículo 53 de la Carta Política no puede derivarse en su favor la condición de empleado público, pues como lo tiene sentado la Corte Constitucional:

“Si el Juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un docente-contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP. Sin embargo a partir de esta premisa, no podrá en ningún caso conferirle el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal.

(...).”

“La mera prestación de trabajo, así beneficie al Estado, se comprende, aparte de calificarse como relación laboral y derivar de ella los derechos contemplados en las normas que la regulan, no coloca a la persona que la suministra en la misma situación legal y reglamentaria en la que pueda encontrarse otra persona que desempeña como empleado público una actividad similar. Admitir que ello pudiera ser así, significaría hacer caso omiso de: (1) la existencia de un acto administrativo que ordene la respectiva designación, que es sustituido por una simple práctica realizada al margen de las condiciones constitucionales y legales que deberían darse para poder producir la vinculación; (2) la posesión para tomar el cargo, de modo que sigilosamente pueden ingresar al servicio público personas que no asumen públicamente el compromiso de obedecer la Constitución y las leyes; (3) planta de personal que no contempla el empleo o cargo que mediante la vía de hecho pretende consolidarse; (4) la disponibilidad presupuestal para atender el servicio, con lo cual se pueden generar obligaciones que superan las posibilidades fiscales, además por parte de personas y autoridades

no autorizadas para gravar el erario público y a través de procedimientos no democráticos; (5) las regulaciones generales que gobiernan el ejercicio, las responsabilidades públicas y la forma de remunerarlas, las cuales son sustituidas por estipulaciones que, por desconocer el régimen legal, representan una invasión de poderes que son del resorte del Congreso, las Asambleas o los Concejos, o de otras autoridades.” (Corte Constitucional, sentencia C-555 de 1994).

Conforme con lo anterior se tiene, que para alcanzar la condición de empleado público es necesario que se profiera un acto administrativo que ordene la respectiva designación; que se tome posesión del cargo; que la planta de personal contemple el empleo; y que exista disponibilidad presupuestal para atender el servicio.

Ninguno de los supuestos antes mencionados está probado en este proceso, ni el actor ingresó por concurso, ni el cargo está contemplado en la planta de personal, ni tomó posesión del empleo, pues se repite, para acceder a un determinado cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos y condiciones señalados en la Constitución y en la Ley; y ello porque el sólo hecho de trabajar para el Estado no confiere la condición de empleado público.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

VII. F A L L A:

Primero: REVÓCASE la sentencia de 4 de marzo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que denegó las pretensiones de la demanda.

En su lugar, se dispone:

Segundo: DECLÁRASE la nulidad del Oficio GER-621-08 de 22 de septiembre de 2008, que dio respuesta negativa al derecho de petición elevado por el hoy demandante, tendiente a obtener el reconocimiento de una relación laboral.

Tercero: Como consecuencia de lo anterior, **ORDÉNASE** al Hospital San Juan Bautista E.S.E. del Municipio de Chaparral, a reconocer y pagar a favor de Luis Guillermo Cárdenas Campos, el valor de las prestaciones surgidas en la prestación del servicio por los periodos señalados en la parte motiva de esta providencia, debidamente indexadas.

El tiempo laborado se computará para efectos pensionales, para lo cual la entidad hará las correspondientes cotizaciones.

Las sumas resultantes de esta condena se actualizarán en la forma como se indica en esta providencia, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh \text{ Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

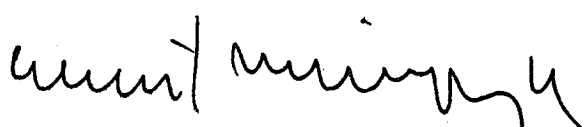
Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de prestaciones sociales, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al último día del mes en que se ejecutorie esta sentencia) por el índice inicial (vigente al último día del mes en que fue debió hacerse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la formula se aplicará separadamente, mes por mes.

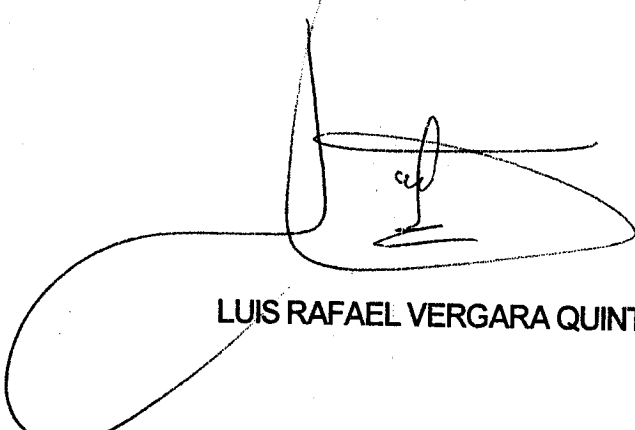
La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.


GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN


ALFONSO VARGAS RINCON


LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Radicación no. 73001- 23-31-000-2009- 00041-01 (1038-10)
Actor: Luis Guillermo Cárdenas Campos
Demandado: Hospital San Juan Bautista E.S.E. Municipio de Chaparral.